

商標の使用と適用除外 (1)

——ミニチュア模型と商標（商品等表示）の使用——

九州大学大学院法学研究院准教授 小島 立

目 次

1. はじめに
2. ベレッタ事件
 - (1) 事実の概要
 - (2) 第一審判決
 - (3) 控訴審判決
3. McLaren 事件
 - (1) 問題状況
 - (2) McLaren 事件の概要
4. Spielzeugautos 事件
5. Opel 事件
6. 若干の考察
 - (1) 「商標の使用」と「商品等表示の使用」の関係について
 - (2) 「許諾の有無」をめぐる問題と混同防止規定の適用
 - (3) 「パブリシティ価値」との関係
 - (4) “Primary Market” と “After Market”
 - (5) 「競争上不可避な形態」の議論との関連性

1. はじめに

本項で検討する課題は、「商標の使用と適用除外」だが、ここでの問題点は以下のようにまとめることができるであろう。

X が製造・販売する商品 A に対し、Y が A を精巧に模倣したミニチュア模型 B を製造・販売した。A と同じ表示が B に付されていた場合に、X は商標法や不正競争防止法に基づき、Y に対して何らかの請求を行うことができるかという問題である。これは、一見したところは「ミニチュア模型」という些細な問題のように思えるが、検討を重ねるうちに、その問題の広がりには驚かされた次第である。

本稿の考察は以下の順序で進めたい。初めに、モデル銃に実銃メーカーの商標を付した行為が問題となったベレッタ事件を検討する。続けて、比較法的な観点から、類似の案件が問題となったドイツの判決 (McLaren 事件と Spielzeugautos 事件) と欧州司法裁判所の判決 (Opel 事件) を概観する。そして、それらを踏まえて、若干の理論的な考察を加えることとする。

2. ベレッタ事件⁽¹⁾

(1) 事実の概要

本件については、類似の事件について、複数の訴訟が同時に提起されている。ここでは控訴審判決などとの関係から、東京地判平成 12 年 6 月 29 日判例集未登載 [ベレッタ事件第一審] (平成 10 年 (ワ) 第

(1) 佐藤達文「判批」商標・意匠・不正競争判例百選 (別冊ジュリスト 188 号, 2007 年) 140 頁。

21507)とその控訴審である東京高判平成 15 年 10 月 29 日判例集未登載[ベレッタ事件控訴審](平成 12 年(ネ) 3780 号,平成 12 年(ネ) 3781 号,平成 12 年(ネ) 3810 号)を取り上げる。事実の概要は以下のとおりである。

X₁(原告・控訴人:ファブリカ・ダルミ・ピエトロ・ベレッタ・エス・ピー・エー)は、イタリア共和国ブレシア市に本拠を置く銃器メーカーであり(以下、X₁の製造・販売に係る実銃を「X 実銃」という)、「M93R」という名称の実銃(以下、「M93R」という)を製造・販売している。

X₂(原告・控訴人:ウエスタン・アームス)は、玩具銃の製造・販売業者であり、X 実銃をモデルとしてその外観を実物大で模し、X 実銃の形態や実銃本体に刻印された表示までもがリアルに再現された玩具銃を製造販売していた。平成 9 年 6 月、X₂は X₁との間で、X₂がモデルガンの分野において X₁の商号及び商標等を独占的に使用できる旨の契約を締結した。そして、それ以降、自らの製造販売に係る X 実銃の外観を模した玩具銃を「パーフェクトバージョン」などと称して、これを製造販売している。

Y₁(被告・被控訴人:有限会社マルゼン)は、玩具銃の製造・販売業者であり、その製造に係る玩具銃(以下、「Y 玩具銃」という)を、すべて Y₂(被告・被控訴人:有限会社丸前商店)に売り渡している。Y₂は、Y 玩具銃を Y₁から買い受けて、国内で販売している。

Y₁・Y₂は、平成 2 年 1 月頃から、Y 表示を付した「ベレッタ M93R」という商品名の玩具銃(ガス式エアガン。以下、「Y 商品」という)を製造または販売し、また、そのパッケージ、広告、商品カタログ及び取扱説明書(以下、これらを総称して「パッケージ等」という)に Y 表示を付して、これらを譲渡し、引き渡していた。なお、Y 商品に付された表示は、X 商品に付された表示と同一の表示である。

X₁、X₂は、① Y 商品やパッケージ等に X 表示と同一の Y 表示を付すことの禁止、② 当該 Y 表示を付した Y 商品の譲渡、引渡しの差止め、③ 製作に係る金型及び印刷用原版の廃棄、並びに損害賠償を求めて訴訟を提起した。

(2) 第一審判決

請求棄却。

1 「不正競争防止法 2 条 1 項 1 号……の不正競争行為というためには、単に他人の周知の商品等表示と同一又は類似の表示を商品に付しているというだけでは足りず、それが商品の出所を表示し、自他商品を識別する機能を果たす態様で用いられていることを要するというべきである。けだし、そのような態様で用いられていない表示によっては、周知商品等表示の出所表示機能、自他商品識別機能、品質保証機能及び顧客吸引力を害することにはならないからである。このことは、同法 11 条 1 項 1 号において、商品の普通名称又は同一若しくは類似の商品について慣用されている商品等表示を普通に用いられる方法で使用する行為については、同法 2 条 1 項 1 号所定の不正競争行為として同法の規定を適用することが除外されていることから、明らかというべきである。」

「一般に、模型は、一定の対象物(例えば、自動車、航空機、船舶、建築物、兵器等)について、本物の備えている本質的機能(例えば、自動車、航空機、船舶等にあつては運送能力、建築物にあつては居住可能性、兵器にあつては殺傷能力)を有さず、単に、その外観を縮尺ないし原寸で模すものである。模型は、本物の外観を忠実に模すところに有意性が存するものであり、外観上本物にどれだけ近づくことができたかによって、模型自体やその製作者の技術に対する評価が下されることから、模型の製作に当たっては、本物の形状のみならず、色合いや質感、それに付されている模様やマークに至るまで、精巧かつ緻密に再現することが行われている(この点は、図鑑や写真集の場合と同様である。)。また、同一の対象物について、複数の異なる製作者により、いくつかの模型が製作されることも、当然に生じ得る。

このような模型は、古代における墳墓の副葬品に既にその原形が見られるように、古くから人類によって製作されてきたものであり、模型の有する右のような特徴は、長年にわたって広く社会的に認識されてきた。また、本物の備える機能を有さず、外観のみを忠実に模したものであるという模型の本質的特徴から、一般

に、模型の需要者は本物のそれとは異なるものであり、模型の製造販売の主体も、本物のそれとは異なるのが通常である。

そして、模型の形状や模型に付された表示が本物のそれと同一であったとしても、模型の当該形状や表示は、模型としての性質上必然的に備えるべきものであって、これが商品としての模型自体の出所を表示するものでないことは、広く社会的に承認されているものである。右の点は、模型が、航空機や建築物のプラモデルやミニチュアカーのように縮尺されたものであるか、あるいはモデルガンのように原寸大のものであるかによって、何ら異なるものではない。」

「本件においては、……Y各商品は、我が国においては、市場において流通することがなく、所持すること一般に禁じられている実銃である M93R を対象に、その外観を忠実に再現したモデルガンであり、実銃の備える本質的機能である殺傷能力を有するものではなく、実銃とは別個の市場において、あくまで実銃とは区別された模造品として取引されているものであって、その取引者・需要者は、X実銃の形状及びそれに付された表示と同一の形状・表示を有する多数のモデルガンの中から、その本体やパッケージ等に付された当該モデルガンの製造者を示す表示等によって各商品を識別し、そのモデルガンとしての性能や品質について評価した上で、これを選択し、購入しているものと認められる。したがって、X実銃においてX各商品形態がX₁の商品であることを示す表示として使用されており、また、Y各商品がX各商品形態と類似の商品形態を有しているとしても、Y各商品形態は、いずれも出所表示機能、自他商品識別機能を有する態様で使用されているものではないというべきである。

また、……Y各商品のパッケージ等にY各商品の外観を示す写真や図面、その商品名を示す表示が付されていても、それは、当該モデルガンがどの実銃を対象とし、どのような外観を有するのかという当該モデルガンの内容を説明するために使用されているにすぎず、右パッケージ等に表示されたY各商品形態は、いずれも出所表示機能、自他商品識別機能を有する態様で使用されているものではないというべきである。」

2 「Xらは、昭和41年には訴外Aが訴外Bから許諾を得てその自動車の模型を製造・販売していたことを例に挙げ、玩具の商品分野において、実物を模した玩具を製造・販売する際、実物の形態やそれに付された表示の使用について、実物メーカーの許諾を得る慣行が既に確立していた旨を主張……する。

しかし、……Aが訴外C社製のタイヤを装着したF1カーを模型化するに当たり、Cの名前の入ったミニチュアタイヤを装着することについて、初めて事前にC社に対してその承諾を求めたことがうかがえるが、他方、……Aの担当者がBに対してF1カーの模型化のための協力を依頼した結果、車の写真を撮影したり、Bの技術者から説明を受けるなどの取材が行われた旨の記載や、Aの担当者がポルシェに対しそのスポーツカーの模型化のための取材を申し込んだ際にも、その車の製造工程を写真に収めるなどしたものの、寸法等のデータを得ることができなかったため、ポルシェのスポーツカーを数千万円で購入し、これを分解して必要なデータを収集した旨なども記載されているものであり、……むしろ、模型メーカーは実物メーカーに対し、模型化に必要な資料収集についての協力を求めているにすぎないものと認められ、……Xら主張のような慣行があったことを認めるに足りるものではない。」

「また、……X₂自身、X₁との間でその商号及び商標等のモデルガンの分野における独占的使用契約を締結する以前からY各商品と同様、X実銃の形態やそれに付された表示を再現したモデルガンを製造販売していたことなどを併せみれば、いずれもXら主張のような慣行が確立していたことを認めるに足りるものではない。」

「以上のとおり、Y商品及びそのパッケージ等にY各表示を付することが『商品等表示』としての「使用」に当たるといえることはできない。」

3 「……Y商品及びそのパッケージ等にY各表示を付する行為は、X₁の商品と混同を生じさせるものでもなく、この点からも、不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争行為には、該当しない。

すなわち、……Y商品が一般に流通することがなく、所持することもできない実銃の外観を再現したモデ

ルガンであり、その基となった実銃とは別個の市場において、あくまで本物と区別された模造品として取引されているものであること、 X_1 はこれまで玩具銃を製造・販売したことがないこと、 X_1 が我が国において販売した模型銃は、観賞のために実銃から発砲機能、稼働機構を除去した高価なものであり、玩具銃とは性質を異にし、その輸入数量も僅少であること、 X_1 が実銃のほかに『Beretta』等の表示を付して販売している商品は、いずれも実銃の関連商品としてのいわゆるシューティング・アクセサリーの類で、主に実銃所持者を販売対象とするものであり、その販売数量も多くないことなどの事実関係に加え、およそ実銃メーカーが玩具銃を製造販売し、玩具銃メーカーが実銃を製造販売していることをうかがわせる証拠はないこと、かつて国外の玩具銃業者が X_1 からライセンスを受けて玩具銃を製造販売したことがあったとしても、その玩具銃が我が国において販売されたことを認めるに足る証拠はなく、また、そのようなライセンス生産の事実が我が国において一般に知られていることをうかがわせる証拠もないことなどを併せみれば、Y 商品及びそのパッケージ等に Y 各表示が付されているからといって、その玩具銃が X_1 若しくはその子会社又はそのライセンシーの製造に係るものであると誤認されるおそれがあるものとは認められず、したがって、広義の混同を生じさせるものではない。」

「……平成 2 年 12 月ころ以降、Y 商品に Y 表示……を、そのパッケージ等に Y 各表示をそれぞれ付す行為、並びに右の各表示が付されたこれらの商品等を譲渡し、引き渡す行為は、いずれも不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の不正競争行為に該当するということとはできない。」(下線部、筆者)

(3) 控訴審判決

請求棄却。

「……X 表示 1 (執筆注: Beretta) は、遅くとも平成 2 年ころまでには、 X_1 の業務に係る実銃であることを示す商品等表示として玩具銃の取引者、需要者の間に広く認識され、周知となっていたことが推認される……。」

「……玩具銃市場の規模・程度に加え、 X_1 が我が国において宣伝広告を行ったことを認めるに足る証拠はないことなどにかんがみると、X 表示 1 は、 X_1 の業務に係る実銃であることを示す商品等表示として玩具銃の取引者、需要者の間に著名なものとなっていたと認めることはできず、また、実銃の取引者、需要者の間に著名なものであったとしても、我が国における実銃の上記特殊性に照らすと、その取引者、需要者は、極めて少数の者に限定されるから、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号にいう『著名な商品等表示』に当たるといふことはできない……。」

「不正競争防止法 2 条 1 項 1 号にいう『混同を生じさせる行為』には、他人の周知の商品等表示と同一又は類似のものを使用する者が自己と当該他人とを同一営業主体として誤信させるおそれのある行為のみならず、両者間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係が存在すると誤信させるおそれのある行為 (以下『広義の混同惹起行為』という。)をも含むものと解するのが相当であり (最高裁平成 10 年 9 月 10 日第一小法廷判決・裁判集民事 189 号 857 頁参照)、X 実銃においては、X 表示 1 が X_1 の業務に係る実銃であることを示す商品等表示として使用されていることは上記のとおりであるから、実銃を模した玩具銃を製造、販売するに当たり、実銃に付された実銃メーカーの業務に係る商品等表示の使用について、実銃メーカーの許諾を得る慣行が確立し、このような慣行の存在について取引者、需要者の認識が定着している場合には、Y 各商品に X 表示 1 を付すことが、広義の混同惹起行為に該当することもあり得るといふべきである。したがって、Y 各商品に X 表示 1 を付すことが、直ちに商品等表示としての使用に当たらないということとはできない。」

「……玩具の商品分野においては、実物を模した玩具を製造、販売するに当たり、実物の形態やそれに付された表示の使用について、実物メーカーの許諾を得る慣行が既に確立しているということは、少なくとも、玩具銃に係る玩具銃メーカーと実銃メーカーとの関係に関する限り、困難というべきであ (る)。」

「……我が国にはけん銃の一般市場がほとんど存在しない……上、実銃の所持には法律による厳しい規制があるのに対し、玩具銃の購入は自由であり、両者の使用目的も全く異なるのであって、その取引者、需要者が異なることは明らかである。」

「我が国においては、市場において合法的に流通することがなく、所持することも一般に禁じられているけん銃の外観を忠実に再現したエアソフトガンは、実銃とは別個の市場において、飽くまで実銃とは区別された商品として取引されているものであって、その取引者、需要者は、X 実銃の形状及びそれに付された表示と同一の形状・表示を有する多数の玩具銃メーカーの業務に係るエアソフトガンの中から、その商品本体やパッケージ等に付された当該エアソフトガンの製造者を示す表示等によって各商品を識別し、そのエアソフトガンとしての性能や品質について吟味、評価した上で、これを選択し、購入しているものと認められる。」

「Y 各商品及びそのパッケージ等に X₁ の業務に係る実銃を示すものとして周知の商品等表示である X 表示 1 と同一の Y 表示 1 が付されていても、その玩具銃が、X₁ の業務に係るものと誤信されるおそれがないばかりでなく、同 X との間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な業務上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係るものと誤信させるおそれがあるとも認め難いから、Y らの上記行為は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の広義の混同惹起行為に当たらないものというべきである。」（下線部筆者）

3. McLaren 事件⁽²⁾

(1) 問題状況

日本におけるベレッタ事件と同様の事案をドイツ法に見ることができるので、以下で検討していくこととする。最初の事件は、McLaren 事件である。McLaren 事件を見る前に、ドイツ不正競争防止法における商品等表示の規整について概観しておこう。

ドイツの不正競争防止法（UWG）1 条は、「業務上の取引において、競業の目的で、善良の風俗に反する（gegen die guten Sitten）行為をなす者は、差止め・損害賠償の請求をなされ得る」と規定しており、この一般条項（Generalklausel）の下で不正競争行為の類型が整備されてきた。

McLaren 事件で問題とされる不正競争行為の類型は、一般に「名声の冒用（Ausbeutung）」と呼ばれるものである。この法理は、特許権等の個別法による保護が与えられない他人の成果物の使用・利用は原則として自由であるものの、特段の事情が存在する場合には、模倣の方法及び態様が良俗に違反していること（Sittenwidrigkeit）を根拠として、競争者による模倣を禁止する。その特段の事情とは、①問題となっている商品等表示が競争上の特異性（wettbewerblicher Eigenartigkeit）を有し、②当該形態が競業上の占有状態（Besitzstand）にあることである。この 2 つの条件は、我が国の不正競争防止法の混同防止規定において、当該標章や形態が商品等表示としての要保護性を有するかどうかを判断する際にも妥当するであろう。

(2) McLaren 事件の概要

McLaren 事件の概要は以下のとおりである。

原告 McLaren Honda は、F1 レーシングチームの運営主体である。McLaren が設計するレーシングカーは、1967 年以来、グランプリレースに参戦し、多くのタイトルを獲得している。

被告は、Carrera という商標の下で、F1 のレーシングカーをはじめとして、モデルカーを電気で走らせるレーシングサーキット（Autobahn）を製造・販売している。被告は、原告の許諾を受けることなく、「商品

(2) “McLaren” BGH 9. Juni 1994, GRUR 1994, 732. ドイツ不正競争防止法における法規整については、Hefermehl/köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 26 Aufl. (2008) の他、小泉直樹『模倣の自由と不正競争』（有斐閣、1994 年）を参照。また、商標法における議論については、Paul Lange, *Marken- und Kennzeichenrecht*, (2006), S. 608ff. を参照。

番号 71410 McLaren Honda」という名称で、自分の商品カタログに原告レーシングカーを模写した絵を掲載して広告、販売を行っている。なお、許諾に関する当事者間の交渉は中断されており、被告は 1989 年以降、McLaren Honda という名称の使用を中止している。

原告は、被告が本件模型自動車を製造販売することは、原告の名声を不当に利用する行為に当たると主張した。

第一審及び控訴審は、原告の請求を認めた。ここで興味深いのは、控訴審が特に、「1988 年のチャンピオンである McLaren Honda」という形での表記を行なうことを禁止した点である。被告から上告がなされたのが本件である。

連邦通常裁判所 (BGH) は、従来の判例を確認した後、本件について次のように述べている。

「レーシングスポーツの現実に合わせてレーシングゲームを提供しようとする、ミニチュア模型は実物の忠実な模倣を行なうことにより、原告の名声に依存しなければならない。……被告の態度は、名声の不当利用に照準を当てているのではなく、模型を使って可能な限り現実に忠実な形でのレーシングサーキットを提供しようとしたのであり、その中にかつての世界チャンピオンが入っただけである。」

「被告が単なる忠実な模倣の域を超えて、異なる方法により、名声や原告のオリジナルカーを明確に複製し、あるいは被告のミニチュア模型と原告のレーシングカーの間に何らかの付随的な関係を惹起することによって、原告のレーシングカーが享受している名声を広告上利用しようとする場合には別段である。」

「このような事情が存在せず、玩具として縮小したミニチュア模型のレーシングカーであるという関係である限り、社会に存在するモデルとしての模型は、不正競争防止法 1 条にいう良俗違反とは認めることができない。」

4. Spielzeugautos 事件⁽³⁾

次に検討する事件は、Spielzeugautos 事件である。紙幅の関係上、簡単な検討にとどめることにする。

本件の原告は著名な BMW であり、陸上自動車と玩具を指定商品とする、「BMW エンブレム」という登録商標の商標権者である。原告の製造する“BMW M1”というレーシングカーは、F1 レースへの参戦により世界的に有名であった。原告 BMW は、自社のネットワークを利用して、その製造するところのミニチュアカーモデルを販売している。訴外 R 社・T 社は、原告の許諾を受けた者として、原告製造のミニチュアモデルの部品を製造している。

被告は Carrera という商標のもとでミニチュアカー、レーシングサーキット及びその付属部品の製造販売を行なっている。他の自動車メーカーのモデルと並んで、“BMW M1”モデルも製造販売されており、カタログには「品番 68413 BMW M1」と表記されていた。

本件において、原告は、従来から自動車のミニチュアモデルの製造販売の許諾を一定の条件の下で与えている。被告がそのライセンスを受けずに、“BMW M1”という表示を付したミニチュア模型を製造販売することは、①意匠権侵害、②商標権侵害、③不正競争防止法 (UWG) 1 条の名声の冒用に当たると主張した。

本件において、商標権侵害は、商標的使用に当たらないとの理由で退けられ、不正競争防止法 1 条に基づく請求についても、McLaren 事件判決を引き、その請求を棄却した (意匠権侵害についても請求棄却)。

5. Opel 事件⁽⁴⁾

類似の事件が欧州司法裁判所 (ECJ) で取り上げられたので、概観しておこう。

本件においては、Opel の商標を付したミニチュア模型の製造販売は問題となった。ECJ は、Directive 89/104/EEC・5 条 1 項の解釈論を展開した。

(3) BGH 12. Oktober 1995, GRUR 1995, 57.

(4) Judgment of 25/01/2007 on the case C 48/05

本件における結論としては、従前のドイツの判例の流れに沿うものであるといっていよいであろう。前提として、商標の使用は、それが商標の本質的機能に影響を与える場合には禁止されるとの一般論を提示した。そして、本件において、ミニチュアカーに付された商標の使用が、当該商標の名声を不当に利用するものである場合に限って禁止されると述べている。

付言して、ECJは、本件における商標の使用行為は、ミニチュア模型の特徴を示すものではない、何故ならば、オベルのロゴの使用は、実物の車の忠実な再現の一要素に過ぎないからであると述べている。

このECJの判決は、正に「名声の不当な冒用」という観点から規範的判断を下したものであり、従前のドイツの判決と軌を一にすると考えてよいのではないと思われる。

6. 若干の考察

(1) 「商標の使用」と「商品等表示の使用」の関係について

ミニチュア模型における商標の使用について考える場合に、商標法上の「商標の使用」と不正競争防止法上の「商品等表示の使用」を分ける必要があるのではないかとの見解がある。

商標法においては、使用の要件が定義づけられており（商標法2条3項）、具体的な混同のおそれを問うことなく、形式的に侵害の成否を判断するとともに、混同のおそれを誘発する行為を定型的に侵害とみなすことにして、権利行使の実効性を高めている。要件の形式化により、未使用商標についても一定の保護範囲が確保され、具体の信用を化体することが容易とされ、既使用で不正競争防止法の保護を享受しうような商標についても、混同のおそれを問わないことにより、保護範囲を明確化することが意図されている⁽⁵⁾。そして、形式的には商標の使用に該当しても、それがおよそ混同をもたらさないようなケースにおいては、形式的には登録商標と同一または類似の標章の使用であっても、当該標章が、自他商品識別力を果たさない態様で用いられ、あるいは指定商品・役務とは非類似の商品・役務との関連において用いられて、指定商品・役務またはこれに類似する商品・役務の商標として使用されていない場合には、商品権侵害を構成しないと解されている（いわゆる「商標的使用」・「商標としての使用」）⁽⁶⁾。

それに対し、不正競争防止法上の混同防止規定においては、具体的な混同のおそれを判断することになっている。従って、不正競争防止法の混同防止規定における「使用」とは、その方法態様を問わず、広く当該表示を用いることによって商品または営業と混同を生ぜしめることを指すという見解もあり得よう。もっとも、商品表示の機能は自他商品の識別を基本とするものであり、そこから出所表示機能が生じることからすれば、出所表示機能を有する態様での表示の使用に該当しないときは、商品主体の混同を生じないのが通常であろうとされる⁽⁷⁾。

ベレッタ事件の東京地裁判決は、混同のおそれの有無の判断とともに、本件におけるY表示は商品等表示としての使用に当たらないと述べている。商標法と不正競争防止法の保護法益が異なるという前述の立場に立つならば、「商品等表示としての使用」を否定せず、混同の有無で勝負してもよかったのではないかとも思われる（現に東京地裁判決も混同の有無について判断し、これを否定している）。

本件においては、商標法上は「商標としての使用」を肯定することは難しかったのではないと思われる。もっとも、不正競争防止法においては、「商品等表示としての使用」に当たらないと一概に断定することはできるだろうか。この点については、混同の有無を問題としない不正競争防止法2条1項2号（著名表示冒用行為）における「使用」概念との関係も含めた考察が求められよう。両者とも、「商品等表示」や「使用」という同一の文言を使用していることに鑑みると、混同防止規定と著名表示保護規定の双方で「商品等表示

(5) 田村善之『商標法概説〔第2版〕』（弘文堂、2002年）143頁、同『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）。

(6) 榎戸道也「商標としての使用」牧野利秋＝飯村敏明編著『新・裁判実務体系4 知的財産関係訴訟法』（青林書院、2001年）397頁。

(7) 竹田稔『知的財産権侵害要論 不正競争編〔改訂版〕』（発明協会、2003年）75頁。

の使用」に関する考え方が異なるのは落ち着きの悪さを感じるところである。

例えば、東京高判平成8年7月24日判例時報1597号129頁〔泉岳寺事件〕では、「誤認混同がない」という形で事案の処理がなされているが、仮にこれが著名表示冒用規定で訴えがなされ、当該商品等表示が著名性を満たしていたような場合には、受け皿規定としての「使用」で処理することを求められよう⁽⁸⁾。特に著名商標や著名商品等表示の保護が求められている現代においては、妥当な事案解決のために、「商標の使用」や「商品等表示の使用」の概念の精緻化がより一層求められるともいえる。

もっとも、東京地裁判決が「商品等表示としての使用」を否定した背景には、後に見る「競争上不可避な形態」の議論との関係を垣間見ることができると見ることも可能であり、その項目で改めて検討を行ないたい。

(2)「許諾の有無」をめぐる問題と混同防止規定の適用

ベレッタ事件では、混同防止規定の適用に当たり、許諾の有無が問題とされている。ベレッタ事件の東京高裁判決は、①許諾を得る慣行が成立し、②それが需要者・取引者に認識されている場合には、混同防止規定の適用がなされる可能性を示唆している点が注目される。

確かに、許諾をとる慣行の確立は、混同の有無を判断する際の一考慮要素として機能することは認められるであろう。確かに、競業他者が全員許諾を得ているにもかかわらず、残りの一者だけが許諾を得ていないという場合には、需要者や取引者をして、広義の混同を引き起こす可能性も否定できない⁽⁹⁾。もっとも、東京地裁判決が述べるように、通常は、ミニチュア模型といっても、同種の商品が多数市場に存在することが多く、そのほとんどすべてにおいて、実物の商品の製造販売業者から許諾を得ていないという状況の下では、混同を認めるハードルは上がるものと思われる。

(3)「パブリシティ価値」との関係⁽¹⁰⁾

本来、ミニチュア模型がどうして人気を得るのかというと、それは実物の顧客吸引力に究極的には依存しているからである。従って、ミニチュア模型が、何らかの意味で実物の有する「パブリシティ価値」を利用していることは疑いの余地がないであろう。現に、一連のベレッタ事件においては、ある判決において、「パブリシティ価値」への言及が見られるものもある。もっとも、ミニチュア模型のパブリシティ価値の利用にも様々な段階があり、どこで境界線を引くのが問題となるであろう。

確認しておく、本件は典型的な意味での「パブリシティ権」の問題とは事案を異にする。従来のパブリシティ権の議論は、いわゆる「人のパブリシティ権」と「物のパブリシティ権」に分けられており、本件はその何れにも当てはまらないであろう。

もっとも、従来のパブリシティ権の議論においても、不正競争防止法2条1項1号の混同防止規定の活用を説く見解も見受けられており、ベレッタ事件などと一脈通ずるものがある。⁽¹¹⁾

単にミニチュア模型に表示を付しただけの状況と、それを超えて実物の顧客吸引力にただ乗りする場合とでは、問題状況は異なってくる。そして、この顧客吸引力の利用の有無を判断する際に、ドイツでの事案が参考になるかもしれない。ドイツ不正競争防止法1条では、「不当な名声の冒用」が不正競争行為と認められており、単なるミニチュア模型の製造販売を超え、実物の名声を不当に冒用する行為について、不正競争

(8) 小塚庄一郎「判批」ジュリスト1132号(1998年)153頁。

(9) この問題は、慣習によって知的財産権の成立を認めることができるのかという論点とも関係しよう。知的財産権が発生しない情報(例えば事実情報)につき、仮に100社のうち99社が「権利者」との間でライセンスに応じていたときに、残りの1社はライセンスを強制されるのかといった問題である。

(10) パブリシティ権については、内藤=田代、小川憲久「パブリシティの権利」相山敬士ほか編『ビジネス法務体系Ⅰ ライセンス契約』(日本評論社、2007年)237頁。

(11) 井上由里子「パブリシティの権利と標識法体系」日本工業所有権法学会年報25号(2002年)37頁。

防止法上の救済を認めている。

ベレッタ事件において、Yがミニチュア模型の製造において、単に形態や表示を通常の使用の方法で用いるのではなく、それを超えてXの名声を不当に冒用するような場合には、日本においても救済を与える可能性が残されていなかったのかどうかについての検討が必要であると思われる。

(4) “Primary Market” と “After Market”

本稿で取り上げた論点について、Thomas Dreier 教授は、「Primary Market と After Market」という大きな文脈の中で論じている⁽¹²⁾。この論点は商標や商品等表示の使用にとどまらず、いわゆる「商品化権」一般や、特許製品のリサイクル品の詰め替え、本体商品と互換性を有する部品の製造販売など、問題状況は多岐に渡る。

ここで Dreier 教授が指摘することは、従前の知的財産法学は、初期段階における知的財産権の保護要件に関心を奪われ、爾後の保護範囲に関する議論に関して、市場との関連性を念頭に置いた議論を展開してこなかったのではないかということである。

この点で、ベレッタ事件の東京地裁判決の論理構成が興味深い。東京地裁判決は、市場に与える影響という観点よりもむしろ、ミニチュア模型の「創作過程」に重きを置いている。ミニチュア模型が有する構造上の特徴に注意が払われており、X表示はその創作過程との関係において取り扱われている。端的に言うならば、「創作過程重視」のアプローチといってよいであろう。

それに対して、東京高裁判決は、「創作過程」よりも、マーケットに与える影響を考慮していると思われる（「市場に与える影響重視」のアプローチ）。そのアプローチの違いが商品等表示の使用の判断や、誤認混同の判断構造に影響を与えていると思われる。

(5) 「競争上不可避な形態」の議論との関連性

本稿で取り上げた問題については、類似事件で商品形態が争点とされたこととも関連して、概説書によっては、「競争上不可避な形態」や「技術的形態除外説」との関連で論じられている⁽¹³⁾。

前述の Dreier 教授の分析枠組みを借用するならば、最早 “Primary Market” における商標（商品等表示）は、“After Market” における標章（商品等表示）としての機能を果たしておらず、「競争上不可避な形態」の一部に解消されるということではないかと思われる。この考え方に立脚するならば、X表示は「単なる模様」としての意義しか持ち得ないことになるであろう。

このことは、当該モデルガンが元の実銃の顧客吸引力にフリーライドしておらず、誤認混同を引き起こしていない以上、その表示はどの実銃を対象としたものかを説明するためになされていると考えるべきであり、商標の使用に該当しない「用途表示」や「説明書き」に類似したものと考えられる⁽¹⁴⁾ということとも親和性を有するであろう。

(12) See Thomas Dreier, Primary and After-Markets, available at <http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/DREIER%20-%20Primary%20and%20After-Markets.pdf> (Last visited on February 20th, 2009)

(13) 山本庸幸『要説不正競争防止法〔第4版〕』（発明協会、2006年）、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（有斐閣、2006年）。

(14) 用途表示が問題となった事件としては、東京地判平成16年6月23日判時1872号109頁 [brother 事件]。